

SEIS CONTRADICCIONES DEL PROYECTO DE LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN ARGENTINA¹

Analía G. Pastore

Buenos tardes. Agradezco la invitación a exponer ante las comisiones parlamentarias que tratan el proyecto de legitimación del aborto presentado por el Poder Ejecutivo.

En la primera parte de mi exposición intentaré mostrar² que la consagración de un “derecho a abortar”, con la amplitud que se prevé en el art. 4 proyectado, generará en el ordenamiento jurídico vigente un cúmulo de contradicciones normativas atentatorias del principio de coherencia receptado por el art. 2 del CCyC³. Me limitaré para ello a contrastar la norma proyectada con el Código Civil y Comercial y señalar sólo algunas de esas inconsistencias. En la segunda parte, me referiré a los arts. 7 del proyecto de los 1000 días y al 8 del de legitimación del aborto.

El punto de partida es la afirmación de la insoslayable inconstitucionalidad ínsita en este proyecto por desconocer que todo ser humano es persona, que tiene derecho intrínseco e inviolable a la vida desde la concepción, que todas las personas son iguales ante la ley y que en caso de conflicto el interés del niño por nacer debe prevalecer⁴, aspectos sobre los que no me

¹ Exposición ante las Comisiones de Legislación General, Legislación Penal, Mujer y Diversidad y Acción Social y Salud Pública en torno al proyecto de legalización del aborto (Expte. 11-PE-2020), 3 de diciembre de 2020. Publicado por el Centro de Bioética, Persona y Familia en <https://centrodebioetica.org/seis-contradicciones-del-proyecto-de-legalizacion-del-aborto-en-argentina/>

² Al contrario de lo que se afirma en la pág. 2 del Mensaje 134 que acompaña esta propuesta legislativa: “(...) la sanción del presente proyecto confiere y adquiere pleno sentido en el marco de nuestro sistema normativo en su conjunto y, en particular, de las leyes que ha sancionado el Congreso en los últimos VEINTE (20) años.”

³ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, Art. 2: “Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

⁴ DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, Art. I: “Todo ser humano tiene derecho a la vida (...)” Art. II: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.” Art. XVII: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.” Art. XXX: “Toda persona tiene la obligación de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, (...)”

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Art. 2.1: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.” Art. 3:

“Todo individuo tiene derecho a la vida, (...)” Art. 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. ...”

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Art. 1.2.: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Art. 3 “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.” Art. 4.1.: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” Art. 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, Art. 6.1: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” Art. 6.5: “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.” Art. 24.1: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.” Art. 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Preámbulo (...) "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Declaración interpretativa contenida en el art. 2 de la Ley 23.849 -aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño-: Para la República Argentina el art. 1 debe interpretarse en el sentido que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad". Esta disposición también integra el bloque de constitucionalidad, ya que los documentos y tratados a que se refiere el artículo 75, inciso 22 CN tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", es decir, en las condiciones en que rigen para nuestro país. En este sentido, la norma del art. 2.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que "se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado". En igual sentido, el art. 2 de la Ley 26.061 dispone en su primer párrafo: “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. (...)”. Aún cuando se considerara que el texto del Preámbulo carece de efectos jurídicos, no puede dudarse que la declaración unilateral del Estado Argentino tiene la virtualidad de no tolerar interpretaciones que sostengan que antes del nacimiento no hay un niño, ampliando de tal forma los compromisos asumidos por el Estado en virtud de la extensión que, sin distinción alguna posible, le reconoce a la tutela. Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 2.1: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, o de sus padres o de sus representantes legales.”

CONSTITUCIÓN NACIONAL, Art. 15: “En la Nación Argentina no hay esclavos; (...)”. Art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, (...)”. Art. 29: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.” Art. 75:

“Corresponde al Congreso: (...) Inc. 23: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE BUENOS AIRES (1994). Art. 12.1: “Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: 1- A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE CATAMARCA (1988). Art. 65: “Sin perjuicio de los derechos sociales generales reconocidos por esta Constitución, dentro de sus competencias propias, la Provincia garantiza los siguientes derechos especiales: (...) III - De la niñez: 1º - A la vida, desde su concepción. (...)”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE CÓRDOBA (2001). Art. 4: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos.” Art. 19.1.: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE CHACO (1994). Art. 15.1.: “(...) La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: 1) A la vida y a la libertad, desde la concepción; a la integridad psicofísica y moral.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE CHUBUT (2010). Art. 18.1: “Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial, gozan de los siguientes derechos: 1. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE ENTRE RÍOS (2008). Art. 16: “La Provincia reconoce y garantiza a las personas el derecho a la vida y, en general, desde la concepción hasta la muerte digna. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE FORMOSA (2003). Art. 5: “(...) Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad psicofísica, espiritual y moral. El Estado Provincial propenderá a la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE RÍO NEGRO (1988). Art. 16: “Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.” Art. 59: “ (...) El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE SALTA (1998). Art. 10: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE SAN JUAN (1996). Art. 4: “Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE SAN LUIS (1987). Art. 13: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. (...)” Art. 49: “El Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste, hasta su pleno desarrollo.”

extenderé en esta oportunidad por haber sido ya tratados por reconocidos juristas constitucionalistas que me han precedido en las jornadas previas.

Primera contradicción: Luego de que el art. 19 CCyC establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, en el inc. a) del art. 24 se incluye a la “persona por nacer” entre las “incapaces de ejercicio”, resultando representadas por sus padres de conformidad con lo que dispone el inc. a) del art. 101. No es posible que una de las personas a quien la ley atribuye la responsabilidad de ejercer por representación los derechos de la persona por nacer sea, al mismo tiempo, quien tendrá el derecho absoluto a decidir sobre la vida de su representado. Se generaría un evidente conflicto de intereses entre la madre y su hijo por nacer, privilegiando a la persona gestante y dejando en situación de extrema indefensión y sin representación alguna al niño en gestación.

Segunda contradicción: El inc. a) del art. 109 dispone la designación de un tutor especial cuando exista conflicto de intereses entre los representados y sus representantes, y el art. 111 impone a los parientes obligados a prestar alimentos al niño y a los funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela, el deber de denunciar cuando el menor carezca de referente adulto que lo proteja bajo pena de resultar responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño. La norma proyectada desactiva totalmente este mecanismo tutelar en pos del derecho absoluto de la madre a interrumpir el embarazo, vulnerando de tal modo, además, el principio del interés superior del niño (cfr. inc. a) del art. 639 CCyC, art. 3 Ley 26.061 y art. 3 CDN).

Tercera contradicción: El art. 574⁵ permite que el padre reconozca a su hijo por nacer. En la Ciudad de Buenos Aires la inscripción registral de este reconocimiento se encuentra prevista

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE SANTIAGO DEL ESTERO (2005). Art. 16: “Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción. (...)”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA ARGENTINA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR (1991). Art. 14: “Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 - A la vida desde la concepción. (...)”

CONSTITUCIÓN DE LA PCIA. DE TUCUMÁN (2006). Preámbulo: (...) “garantizando la vida desde su concepción” (...). Art. 40: “Dentro de la esfera de sus atribuciones, la Provincia procurará especialmente que las personas gocen de los siguientes derechos: 1º) A una existencia digna desde la concepción con la debida protección del Estado a su integridad psicofísica con la posibilidad de disponer de una igualdad en las oportunidades. (...)” Art. 146: (...) El Estado garantizará el derecho a la vida desde la concepción.”

⁵ Código Civil y Comercial, Art. 574: “Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.”

en la Disposición General del Registro Civil Nro. 18/18⁶. No es posible que el padre pueda reconocer a su hijo por nacer pero le esté vedado resguardar la vida del niño. Se producirá aquí una nueva colisión entre el derecho-deber del padre y el derecho absoluto de la madre a interrumpir el embarazo.

Cuarta contradicción: El art. 665 le reconoce al hijo por nacer derecho alimentario que la mujer embarazada puede reclamar al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada.⁷ Esta norma es consistente con el inc. a) del art. 661 CCyC que legitima a la madre para demandar al otro progenitor la prestación alimentaria en representación del hijo.⁸ La fuente de esta obligación alimentaria es la responsabilidad parental cuya titularidad se sustenta en el vínculo filial.^{9,10} El ejercicio de este deber-derecho parental se hallaría condicionado por el derecho absoluto de la madre a abortar.

Quinta contradicción: Según lo normado por el art. 646, uno de los deberes parentales es el cuidado del hijo considerando sus necesidades específicas según las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo (art. 646, incs. a) y b) CCyC). El art. 647, por su parte, prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o

⁶ DGRC (Disposición General del Registro Civil) Nro. 18/018, BOCBA 01/03/2018 (Normativa del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires), Art. 26: "Reconocimiento hijo por nacer: Toda vez que se pretenda reconocer a un hijo por nacer, se deberá acompañar certificado médico que acredite el embarazo de la madre, debiéndose individualizar a ésta con todos los datos identificatorios que se requieren para la inscripción del nacimiento." La misma norma ya se encontraba contenida en el art. 33 de la derogada DGRC Nro. 040, 12/05/2000. Resulta lamentable que la Ley 26.413 (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas) no haya previsto la posibilidad de que el reconocimiento del hijo por nacer se asentara ante el oficial público obligando a recurrir a su formalización instrumental, pública o privada. Cfr. Famá, María Victoria, *La Filiación: Aspectos civiles, procesales y constitucionales*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 171.

⁷ En cuanto a la legitimación pasiva (quién podrá ser demandado) se presentan distintos supuestos de acuerdo a la normativa vigente: a) Cónyuge de la madre, obligado por la presunción de filiación matrimonial (art. 566 CCyC); b) Reconociente del hijo por nacer en paternidad extramatrimonial (r su art. 574 CCyC); c) Conviviente de la madre en la época de la concepción, obligado por la presunción de paternidad extramatrimonial (art. 585 CCyC); d) Obligado por concepción extramatrimonial con posesión de estado (art. 584 CCyC); e) Obligado por concepción extramatrimonial sin posesión de estado, probando sumariamente el vínculo filial alegado (cfr. arts. 574, 664 y 665 CCyC, y art. 3 CDN).

⁸ En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, con remisión al derecho comparado, se considera que la persona legitimada para reclamar al presunto padre la prestación alimentaria es la mujer embarazada.

⁹ TSJ de la Pcia. de Santa Cruz, "O. N. S. L. c. B. M. G.", 07/07/2010, *LLPatagonia* 2010 (octubre), 478, AR/JUR/42836/2010.

¹⁰ Tribunal Colegiado de Instancia Única en lo Civil de 5ta. Nominación de Rosario (de Familia), 06/08/2008, "G., B. P. c. M., H. H.", *LLLitoral*, 2008 (setiembre), 913.

menoscabe física o psíquicamente a los niños. Cómo se compatibilizaría este marco protectorio del niño con el derecho absoluto de la madre a interrumpir el embarazo.

Sexta contradicción: El art. 561 dispone que el consentimiento previo, informado y libre que determina la filiación en los casos de técnicas de reproducción humana asistida es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Sin embargo, el art. 4 de la norma proyectada atribuye exclusivamente a la persona gestante la facultad unilateral de revocar tal consentimiento interrumpiendo el embarazo en momento posterior. Adviértase, además, que en este supuesto el sistema de salud habrá cubierto los costos de los procedimientos de RHA y del aborto.

Por último, ¿han advertido que la nueva redacción que el art. 7 del proyecto de los 1000 días¹¹ propone al art. 14 quater de la ley 24.174 extiende la percepción de la asignación por embarazo para protección social “hasta completar la cantidad de meses que hubiese durado su embarazo”? Esto significa que la persona gestante podría comenzar a percibir esta asignación desde la decimosegunda semana de gestación, ejercer el derecho absoluto a abortar en alguna de las dos semanas subsiguientes y continuar gozando de la asignación durante todo el tiempo restante que habría durado el embarazo si no hubiera sido interrumpido.

¿Se han dado cuenta que el art. 8 proyectado deja a las niñas embarazadas víctimas de abuso sexual en estado de absoluta desprotección y que habilita a que sea el propio abusador quien las acompañe a realizar el aborto? Como “la denuncia puede resultar muchas veces un obstáculo para el acceso al derecho (a abortar)”, dice el Mensaje del PE, “se legisla que no puede ser exigida la denuncia judicial en los casos de violación” porque “la mayoría de los delitos sexuales son perpetrados por alguien del entorno más cercano de la mujer, niña o adolescente”. Ello perpetua el delito, le da la espalda a este flagelo que clama al cielo.

Trabajemos en leyes que reconozcan derechos sin que ello implique vulnerar otros. La ley no obliga a la mujer que no lo desea a ser madre. Siempre se halla abierta la posibilidad de decidir que el hijo sea adoptado. Aunemos esfuerzos para generar recursos alternativos, como reconocerle validez y eficacia a la decisión anticipada de que el hijo sea adoptado condicionada

¹¹ Mensaje 2020-133 -APN-PTE, Proyecto de ley de Atención y Cuidado Integral de la Salud Durante el Embarazo y la Primera Infancia, p. 11.

a su ratificación posterior al nacimiento. Estos proyectos legislativos no pueden ser nuestra mejor versión de una sociedad más justa y equitativa. Nos merecemos mucho más.